

第29回 親子(続き)ほか

2013/07/22

松岡 久和

再掲載（抜粋）

【任意認知】（133-138頁、144-145頁）

4 事実反する認知（認知無効）、認知行為の無効、認知行為の取消し

- ・ 認知＝婚外親子関係の基礎となる自然血縁関係＋観念の通知（意思）
⇒ 自然的血縁関係の不存在又は意思の不存在（認知行為の無効）が無効の理由
《中略》
- ・ 認知行為の取消し（785条）：判例は撤回不可能と理解（96条による取消し肯定）。学説は反対説が有力
問題：実際に血縁関係のある子供を強迫されて認知した者は認知を取り消せるか。

【強制認知(787条以下)】（138-143頁）

1 意義および性質

- ・ 意義：父子関係の存在を訴訟により直接に創設 or 確認する制度（確認説は一部学説）
判例 PⅢ579（形成訴訟説＝創設説→いきなり親子関係存在確認は不可）

2 強制認知請求権者と相手方

- ・ 請求権者：子、その直系卑属、これらの法定代理人（787条）
判例 PⅢ58（法定代理人は常に請求権者）、PⅢ59（認知請求権放棄は不可）
- ・ 相手方：父（生存中）、その死後は検察官
※認知者の子には認知の訴えや再審につき当事者適格はない（PⅢ56関連判例③）

3 認知の訴えの提訴期間

- ・ 調停前置主義。父の生存の間は期間制限なし
判例 PⅢ61関連判例②（内縁の夫婦の子で50歳を超えて死んだ子の娘（孫娘）からの請求）
- ・ 父の死後は3年以内（787条但書）←事実認定の困難、法的安定の保持＝濫訴防止
判例 PⅢ614（内縁関係継続中の懐胎子の場合にも期間制限有）
- ・ 起算点：客観的な父の死亡日 **例外** PⅢ60（死亡が3年1ヶ月後に確認された例）

4 立証責任（DNA鑑定のは是非も含めて）

- ・ 裁判官の自由心証。内縁関係には772条が類推適用：父性の**事実上の推定**
判例 PⅢ62ほか（①受胎可能期間中の性関係、②被告以外の男性との性関係の不存在、③血液型等に矛盾がないこと。親子としての愛情を示したことなどを加える判例も有。①～③は絶対的な要件でない）

【親子法上の現代的な問題点】（例示のみで詳細は省略）

1 根本的な対立（大村210～223頁参照）

- ・ 「子をもつ自由」・「子をもたない自由」（避妊・中絶の自由） vs. 優性主義

2 問題の例示（146-155頁を参照）

- ①着床前診断による選別産み分けの可能性など
- ②人工生殖 (a) A I H：夫の死後の冷凍精子による懐胎、(b) A I D：夫の同意がない場合、推定の及ばない嫡出子とすると子の身分が不安定。精子のドナーとの法的な父子関係を否定するのは困難（後掲・石川43-44頁など）
- ③代理母と公序良俗（国内では禁止。アメリカや韓国では許容例あり）
 - ・ (a) 人身売買とならないか、(b) 生殖機能・母性を取引対象として良いか、(c) 子供の人権—とりわけ引取を拒絶された障害児・依頼者夫婦の出生前死亡などで問題
- ③胚（＝受精卵）提供の場合、胚提供者と出産者はいずれが法律上の母か

【養子縁組制度の概説】（155-156頁）

- ・家や祭祀承継による家族制度の補強→老親扶養目的→親のない子の養育監護目的へ。
- ・日本の養子法の歴史：旧法における家のための養子の存続（戸主の縁組みでは推定相続人の男子がある場合の戸主の養子縁組を禁止。他に婿養子、遺言養子などがある）
→昭和22年新法（婿養子・遺言養子の廃止、未成年養子の場合の家裁の許可要件）
→昭和62年改正：特別養子制度導入・夫婦共同縁組の限定

【普通養子縁組】（156-164頁）

Case 29-1 A（44歳）には、3人の子供がいる。23歳の娘B（母は最初の婚姻時の妻C）、16歳の息子D（母は2度目の婚姻時の妻E）、2歳の娘F（Eとの嫡出子として届出がなされているが、母は22歳のG）である。さて、AがEと離婚してGまたは19歳のHと3度目の婚姻をしたとして、GあるいはHはB D Fを養子にすることができるか。できるとすれば届出のほかにもどのような要件を備える必要があるか。

1 養子縁組の要件

- (1) 縁組意思の合致（802条1号） 仮装縁組は無効 **例** 借養子（PⅢ69）
- (2) 未成年養親の禁止（792条） 成年擬制（753条）の適用の有無には争い有
- (3) 尊属養子・年長者養子の禁止（793条）
 - ・年齢差や養子の年齢制限はないが、立法論としては要検討
 - ・非嫡出子を養子とするのは嫡出子とする点で意味有。孫養子、兄弟養子も可能
- (4) 後見人・被後見人間の養子の場合の家庭裁判所の許可（794条）
 - ・本条の許可は未成年養子の許可とは別に必要。
- (5) 縁組当事者に配偶者のある場合の特則（795・796条）
 - (ア) 原則として配偶者の同意を要する（796条）－昭和62年改正：共同縁組原則を緩和
 - ・縁組当事者だけに養親子関係
 - (イ) **配偶者のある者が未成年者を養子とする場合**（795条）
 - ・**原則** 夫婦共同縁組
 - 例外** 配偶者の子を養子とする場合、配偶者の意思表示が不能の場合
- (6) **15歳未満の養子の場合の代諾**（797条）：法定代理人による縁組（代諾養子縁組）
 - ・被後見人も単独で養子縁組（養親・養子とも可）ができる（799条→738条）
 - ・代諾権者：法定代理人
 - (ア) 父母が婚姻中の場合 **原則** 共同代諾、**例外** 単独代諾可能
 - (イ) 婚姻中でない場合 単独親権者が代諾。監護権者の同意も必要（797条2項）
 - (ウ) 父母がいない場合 後見人（867条1項）や児童福祉施設長（児福47条1項）
- (7) **未成年養子の場合の家庭裁判所の許可**（798条）
 - ・**原則** 許可が必要 ← 子の福祉に反する制度利用を防ぐための後見的監督
 - 例外** 自己又は配偶者の直系卑属（連れ子など）を養子とする場合、許可不要
- (8) 届出（799条→739条・800条・801条、戸29条・33条・37条2項）－成立要件

2 養子縁組の無効と取消し

- (1) 養子縁組の無効
 - ・意思を欠く場合（802条1号）。届出がない場合は不成立
 - ・判例は別訴や前提問題での主張が可能（確認訴訟説←→形成訴訟説）
 - ・当事者が死亡している場合には検察官が相手方
 - ・15歳未満の養子：法定代理人予定者が代わって訴提起（815条類推）
 - ・夫婦共同縁組の場合、795条ケースでは必要的共同訴訟、それ以外は単独訴訟可能
- (2) 養子縁組の取消し
 - ・実質的要件を欠く場合と詐欺・強迫に基づく場合に限り取り消せる（803条-808条）
 - ・常に形成訴訟、取消しの効果は不遡及（808条→748条）
 - ・尊属養子・年長者養子の禁止違反以外は、追認による有効化や6か月の期間制限有

- ・取消権者に検察官は含まれない（公益性の乏しさ）
- ・夫婦養子の一方に取消原因がある場合には違反縁組のみを取り消せば足りる。
【判例】 最判昭53・7・17民集32巻5号980頁（養子の一方が養母より年長）

3 養子縁組の効果

- ・縁組の日からの**嫡出子身分の取得**（809条）
- ・養親の血族との親族関係発生（727条）
- ・養親（およびその親族）と養子の親族との間では何の関係も生じない
【例】 縁組前に生まれた養子の子（←→縁組後に生まれた養子の子は孫）や、縁組前に婚姻した養子の配偶者（共同縁組をしない場合）
- ・養子と養子の実方親族との関係は無影響 →養子には**二重の相続権**が発生
- ・養子は養親の氏を称するのが原則（810条。ただし書：フグ田サザエが磯野海平伯父さんの養女となる場合）

【養子縁組の解消】（164-169頁）

1 養親子関係の終了原因

- (1) 当事者一方の死亡
 - ・相続が発生するが養親子関係は当事者が死亡すれば消滅（婚姻の死亡解消と同じ）
 - ・いわゆる**死後離縁**（811条6項）：養子と血族との親族関係を、家庭裁判所の許可を得て一方的に終了させる意思表示。生存配偶者の姻族関係終了の意思表示（728条2項）に対応
- (2) 普通養子が特別養子となった場合（817条の9）
- (3) 離縁 協議離縁と裁判離縁（次述）

2 協議離縁（811条1項）

- ・協議離婚とほぼ同じ（812条を764条と比較）
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者と協議（811条2項-5項）
- ・夫婦が共に養親で未成年者の養子と離縁する場合（協議の夫婦共同縁組のほか異時縁組も含む）は双方とも離縁が原則（811条の2。例外は意思を表示できないとき）
→養子成人後は単独の離縁が可能。他方の同意も不要
- ・要件に違反した離縁届けは受理されないが、受理されれば有効（813条）

3 裁判離縁（814条・815条）

- ・離縁原因：悪意の遺棄、3年以上の生死不明、その他縁組を継続しがたい重大な事由
- ・裁量棄却もある（814条2項→770条2項）
【判例】 PⅢ72（有責当事者の離縁請求を原則否定）、最判昭60・12・20家月38巻5号53頁（相互有責に近い事例）
- ・学説 積極的破綻説、消極的破綻説、目的的破綻説（成年養子と未成年養子を区分）
- ・養子が15歳未満の場合、離縁後に法定代理人となる者（通常実親）が当事者（815条）

4 離縁の効果

- ・養親子関係・親族関係の終了（729条）。婚姻障害は残る（736条）
- ・養子は原則として復氏（816条1項。養親夫婦の一方のみと離縁した場合は例外）
- ・縁組期間7年以上を要件に、婚氏続称と同様、縁組時の氏を続称可（816条2項）
- ・養子が承継した祭祀財産の承継者の決定を要する（817条→769条）

Q29-1 特別養子制度は、普通養子制度とどの点が異なるか。

【特別養子縁組】（170-178頁）

1 意義

- ・実親子関係を消滅させて子の福祉をはかる。幼子の養育目的に特化した制度

2 特別養子縁組の成立

・家庭裁判所の審判による（817条の2第1項、家事164-166条）

- (1) **夫婦共同縁組**（817条の3） ←できるだけ実親子と近い環境で子供の発育を図る
 - ・縁組審判後の離婚や死別は特別養親子関係に影響しない。
 - ・配偶者の**嫡出子**（特別養子を含む。**普通養子や非嫡出子では共同縁組の原則通り**）を特別養子にする場合には、**単独特別養子縁組**となるが、この場合は**実親＋養親**
- (2) **養親は25歳以上**が原則（817条の4、夫婦の一方が25歳以上なら他方は20歳以上でも可）
 - ・単独特別養子縁組の場合には原則通り25歳以上が必要か？
- (3) **養子は原則6歳未満**（817条の5）←早期の親子関係の安定
 - ・**例外** 6歳になる前から引き続いて養親に監護されている場合は8歳未満まで可
- (4) **父母の同意**（817条の6）←父母との法律上の親子関係が断絶することへの了解
 - ・**例外** 意思表示不能や虐待・悪意の遺棄等により養子の利益を著しく害する場合不要
 - ~~・単独特別養子縁組の場合にも連れ子の親の同意は不要（817条の9但書）~~
- (5) **要保護性**（817条の7）
 - ・①父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不相当であることその他特別の事情があること、②子の利益のため特に必要があること
- (6) 6か月以上の監護実績（**試験養育期間** 817条の8）

3 特別養子縁組の効果

①実父母との親子関係・実方の血族との親族関係の終了（817条の9）

例外 単独特別養子縁組の場合には、養親の配偶者（実の親の一方であることが普通）およびその血族との親族関係は終了しない ←引き続き監護する親であるから

判例 PIII 74（特別養子縁組を認める審判が準再審で取り消されない限り、血縁上の父には、子と子の戸籍上の父との親子関係不存在確認を求める訴えの利益がない）

②普通養子と同様の効果：嫡出子身分（809条）、親族関係（727条）、氏（810条）

4 特別養子縁組の離縁

・**原則** 離縁不可（817条の10第2項）

・**例外** 離縁請求権者：養子・実父母・検察官

離縁要件：①養親による虐待、悪意の遺棄その他養子の利益を著しく害する事由があり、
②実父母が相当の監護ができる場合（817条の10第1項）

→養親からの離縁請求不可

・離縁の審判の効果（実方との親族関係の復活）は不遡及（817条の11）

→離縁前に実父母が死亡していても特別養子であった者には相続権なし

【内縁＝事実婚の保護】（111-118頁）

- ・内縁＝婚姻届を欠くが夫婦関係としての実質を有する関係
- ・夫婦同氏・成年擬制・子の嫡出推定・相互相続権を除いて、婚姻の効果の規定を類推適用（婚姻予約構成から準婚理論への判例の展開・立法的措置）
- ・重婚的内縁でも、法律婚が形骸化していれば、事実婚の配偶者を優遇する傾向
- ・ライフスタイル論（二宮） vs 婚姻制度尊重論（非婚関係の契約ベースの処理：大村）